

"İçtihat Metni"

Kararı veren
Yargıtay Dairesi : 14. Ceza Dairesi
Mahkemesi :Asliye Ceza
Günü : 23.03.2010
Sayısı : 180-121

Çocuğun cinsel istismarı suçundan sanık ...'nın beraatine ilişkin, Alaşehir 1. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 23.03.2010 gün ve 180-121 sayılı hükmün, mağdure vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 20.11.2013 gün ve 22509-11887 sayı ile;

"Suç tarihi itibarıyla nüfus kaydına göre 11 yaş içinde olan mağdurenin annesi ...'in 12.06.2009 tarihli duruşmada, sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan ettiğinin anlaşılması karşısında, mağdure vekilinin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, temyiz isteğinin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 317. maddesi uyarınca reddine" karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 09.02.2014 gün ve 150301 sayı ile;

"İtirazlarımız mağdure zorunlu vekilinin sanık ... hakkında verilen beraat kararını temyize hakkı bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 36. maddesi ile 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılama hakkına sahiptir.' ve yine aynı Yasanın 141/4. maddesi ile de 'Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.' hükümlerini haizdir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda çocukların cinsel istismarı suçları TCK'nun 2. kitap, 6. bölümünde vücut dokunulmazlığına yönelik suçlar içerisinde düzenlenmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ise genel ahlak ve aile düzeni aleyhine işlenen suçlar içinde düzenlenmişti. Bu suçlarda korunan hukuki yarar yeni yasamızdaki sisteme göre kişinin 'vücut dokunulmazlığı' olup kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 16. maddesi gereğince 'ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmadan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.' Yüksek Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 15.04.1992 gün ve 14/9 sayılı kararında; 'Sezgin küçükler, doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahiptirler' görüşü kabul edilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu sisteminde çocukların cinsel istismarı suçunda rıza yaşı 15 yaş olarak belirlenmiştir. 15 yaşını bitirmemiş küçüklerin suçun oluşması açısından rızaları etkili değildir. Ancak şikâyeti kullanma açısından ayırt etme gücüne sahip bulunan küçüklerin, kişiye sıkı surette bağlı bulunan bu hakkı

kullanmasına da Medeni Kanun ve yukarıda açıklanan içtihadı birleştirme kararına göre bir engel söz konusu değildir.

Diğer taraftan küçüklerin haklarını Medeni Kanunun gereğince anne ve babanın koruma ve kollama görevleri bulunmaktadır. Bu doğrultuda anne ve baba kendi adlarına davaya katılarak, kendilerine de vekil görevlendirmesi yapılarak çocuğun haklarını koruma yoluna gidebilecekleri gibi, şikâyet haklarını kullanmamaları veya açılan kamu davasına katılmamaları da mümkündür.

Ceza Muhakemesi Kanununun 234. maddesi mağdur ile şikâyetçinin haklarını sayarken, kamu davasına katılma ve davaya katılma şartıyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yoluna başvurma haklarını belirtmiş, bu hakların mağdur ve şikâyetçiye anlatılarak tutanağa geçirilmesi gerektiğini işaret etmiş anılan maddenin ikinci fıkrası ise 'Mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir.' şeklinde düzenlenmiştir.

Yine Ceza Muhakemesi Kanununun 237. maddesi, kamu davasına katılmayı 'Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilmeye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler. Kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır.' hükmü ile aynı Yasanın 238. maddesi ise katılma usulünü 'Katılma, kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye dilekçe verilmesi veya katılma istemini içeren sözlü başvurunun tutanağa geçirilmesi suretiyle olur' şeklinde hüküm altına almıştır.

CMK'nun 260. maddesi kanun yoluna başvurma hakkına sahip kimseleri Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve katılan sıfatı almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatı alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar olarak saymıştır.

Somut olayda;

Suç tarihi olan 24.12.2008 tarihi itibarıyla 11 yaş içerisinde olması nedeniyle mağdureye Baro tarafından tayin edilen vekili davayı takip ederek şikâyetçi olmasını müteakip katılan sıfatı da almıştır. Velâyet hakkını Medeni Kanun hükümleri gereğince birlikte kullanması gereken baba duruşmalara hiç katılmamış, annesi Server ise 12.06.2009 tarihli duruşmada sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan etmiştir. Bu beyanı müstakilen velâyet hakkından kaynaklanan davaya müdahale yetkisini kullanmadığı anlamına gelecektir. Bu durum sezgin olmayan, bu nedenle de şikâyetçi olma ya da şikâyetten vazgeçme ehliyeti bulunmayan mağdureye Baro tarafından tayin edilen zorunlu vekilin davaya katılma veya temyiz hakkını kullanmasına engel olmaz. Bu bağlamda; CMK'nun 234, 237, 238 ve 260. maddeleri çerçevesinde, suçtan açıkça ve doğrudan zarar gören ve katılma iradesini ortaya koyarak Mahkemece usul ve yasaya uygun olarak katılan olarak kabul edilen mağdure vekilinin, süresi içinde yapmış olduğu

temyiz talebinin kabulü ile davanın esasına girilerek bir karar verilmesi gerekmektedir" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

CMK'nun 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 14. Ceza Dairesince 17.04.2014 gün ve 2170-5310 sayı ile; "Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla alınan nüfus kayıt örneklerine göre mağdurenin anne-babasının evli olmadıkları ve soybağının babası ile tanıma suretiyle kurulduğu, 4721 sayılı TMK'nın 337/1. maddesine göre anne-babanın evli olmaması halinde velâyet hakkının anneye ait olduğu, dosya kapsamına göre mağdurenin suç tarihi itibarıyla 10 yaş 9 aylık olduğu, mağdurenin kovuşturma aşamasında beyanlarının tespit edildiği 12.06.2009 tarihli celsede ise 11 yaş 3 aylık olduğu, mağdurenin bu tarihte alınan duruşma beyanında sanıktan şikâyetçi olduğunu ve davaya katılmak istediğini ifade ettiği, mağdureye yaşı nedeniyle atanan zorunlu vekilin de mağdurenin beyanlarını tekrar ettiğini ifade ederek davaya katılma talebinde bulunduğu anlaşıldığı, ancak mağdurenin beyanlarının tespit edildiği tarihte 15 yaşından küçük olması nedeniyle şikâyete ve kamu davasına katılmaya ilişkin beyanlarının hukuken geçerli kabul edilemeyeceği, zira mağdurenin 15 yaşından küçük olması nedeniyle TMK'nın 339 ve devamı maddeleri uyarınca mağdurenin menfaatlerini korumakla yükümlü olup velâyet hakkı kapsamında mağdure adına şikâyette bulunma ve kamu davasına katılma hususunda mağdurenin velisi konumundaki annesinin beyanda bulunmasının mümkün olduğu, ayrıca şikâyet ve kamu davasına katılma hususunda mağdure veya mağdureye yaşı nedeniyle atanan zorunlu vekilin iradesi ile mağdurenin velisinin beyanları arasında çatışma halinde velinin beyanlarına üstünlük tanınması gerektiği anlaşılmıştır" gerekçesiyle itiraz nedenleri yerinde görülmemiş,

Daire Üyeleri K. Kayan ve E. Gürtekin "CMK'nın 'Mağdur İle Şikâyetçinin Hakları' başlıklı 234. maddesinin 2. fıkrasında 'Mağdur, on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir' hükmüne yer verilmiştir. Yine aynı maddenin 1-b/5. maddesinde 'vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme' hakkının da bulunduğu vurgulanmıştır.

Bu düzenleme ile ceza yargılamasında, CMK'nın 234/3. maddesindeki şartlarda istem halinde ya da zorunlu olarak bir vekil görevlendirileceği emredici bir norm haline getirilmiştir.

CMK 150/2'ye göre sanığa atanan zorunlu müdafii ile sanık arasında yasa yollarına başvurma konusunda irade çelişmesi olması halinde CMK'nın 266. maddesinde bir düzenleme bulunmaktadır. CMK'nın 266/3. maddesine göre, sanıklara atanan zorunlu müdafiler, müvekkilleri lehine yasa yollarına başvurur ve bu konuda sanık ile iradeleri çelişirse, yasa yollarına başvurma yönünden müdafinin iradesine üstünlük tanınmaktadır. Ancak, yasa yollarına başvurma konusunda, mağdurlara atanan zorunlu vekillerle mağdurların iradelerinin çelişmesi halinde hangisinin iradesine üstünlük tanınacağına ilişkin yasa herhangi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle sorunun hali için kıyas yoluna başvurmakta hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Zira kıyas yapılacak konu maddi ceza hukukuna ait bir konu olmayıp usul hukukuna ait bir konudur. Usul hukukunda ise kıyas mümkündür. Bu nedenle nasıl ki sanığa zorunlu müdafii ataması gerekli olan durumlarda zorunlu müdafinin temyizi sanığa rağmen geçerli

ise, sanık haklarına kıyasen CMK'nın 234/2. maddesine göre atanan çocuk mağdurelere atanan zorunlu vekilin temyizi de küçük mağdureye rağmen geçerli sayılmalıdır. Esasen bu pozitif bir koruyuculuk sağlaması nedeniyle hükmün düzenleniş amacına da uygundur. Kaldı ki korunmanın ihtiyaç ve derecesine göre rızasının geçerli olmadığı 15 yaşından küçük mağdureler ve şikâyete tabi olmayan suçlar için zorunlu vekilin temyizini geçerli saymanın gerekliliği daha fazladır.

Somut olayda, mağdure 11 yaşındadır. Mağdurenin yasal temsilcisi olan katılan konumundaki annesi müşteki kovuşturma aşamasında sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan etmiştir. Sayın çoğunluk görüşü küçük çocuğun yasal temsilcisinin anne ve babası olduğu, ana-babada katılma ve temyiz haklarını kullanmadıkları için davaya katılma ve temyiz haklarının bulunmadığını, bu nedenle zorunlu vekilin de davaya katılma ve temyiz hakkının bulunmadığını kabul etmektedirler. Ancak, bu isabetli bir görüş değildir. Çünkü, çocuk mağdurenin yasal temsilcilerinin katılma hakkını kullanmamaları veya çıkan kararı temyiz etmemeleri kendileri için bağlayıcıdır. Yasa gereği CMK'nın 234. maddesine göre atanan zorunlu vekiller ana ve babanın değil korunmaya muhtaç çocukların zorunlu vekilleridir. CMK 266/3'de, CMK 150/2'ye göre atanan zorunlu sanık müdafinin temyiz iradesinin üstünlüğüne kıyasen, mağdureler için atanan zorunlu vekillerde, yasa yollarına başvurmayı temin edecek kadar ve bununla sınırlı olmak üzere davaya katılma ve çıkan kararı temyiz hakkını kullanabilirler. Zorunlu vekillerin bu hakkı küçük mağdurenin yanında ve onlara paralel olarak mevcuttur. Bu durum mümeyyiz küçüklerin veya yasal temsilcilerinin şahsa bağlı haklarının ve şikâyet haklarının ellerinden alınması değildir. Zorunlu vekile tanınan yetki, şikâyetin sonuç doğurduğu hakları kullanmak olmayıp sadece çıkan kararları, küçükler yararına temyiz merciin yargısal denetimine taşımaktır. Katılmanın kendilerine külfet getireceğini düşünen mağdureler kimi zaman bu haklarından feragat etmekte ve şikâyetçi olmayabilmektedirler. Keza küçük çocuğun menfaatine uygun olmayan şekilde yasal temsilcileri çeşitli düşüncelerle bu hakları kullanmayabilmektedirler. Yasa koyucuda küçüklerin daha korumaya muhtaç olduklarını gözeterek yasal temsilciler yanında ve onlara paralel olarak pozitif koruyucu hükümler getirmektedir. Bu gibi durumlarda sanığa tanınan koruyucu hükümlerin kıyasen mağdur hakkında da uygulanması gerekir. Küçük veya akıl hastası mağdurelerin veya yasal temsilcilerinin, hukuku bilmemek veya değişik sosyal saik ve etkilerle katılma ve temyiz hakkını kullanmadığı durumlarda, onları korumak için atanan zorunlu vekillerin, çocuklar aleyhine çıkacak kararları, onların menfaatine olarak temyiz merciin önüne getiremeyeceklerini kabul edilirse, atanmalarının pratik bir faydası olmayacaktır. Nitekim olayımızda 11 yaşlarında olan mağdurenin cinsel istismara maruz kaldığı iddiaları ile ilgili sanık beraat etmiş, ancak zorunlu vekilin temyizi kabul edilmediği için, kararın doğru olup olmadığı üst yargı merci önüne getirilememektedir. Yasanın zorunlu vekilliği getirmesindeki amaç bu olmasa gerektir.

Yukarı da açıklanan nedenlerle zorunlu vekilin bu durumlarda katılma ve temyiz yetkilerinin bulunduğu kanaatinde olduğumuzdan, zorunlu vekilin temyiz isteminin reddine ilişkin Dairemiz sayın çoğunluğunun görüşüne katılmıyoruz" düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

İtirazın yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçe ile karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA
CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; suç tarihinde 11 yaşının içinde bulunan mağdureye CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca atanan zorunlu vekil ile mağdurenin kanuni temsilcisinin katılma konusunda iradelerinin çelişmesi halinde hangisinin beyanına üstünlük tanınacağına, bu bağlamda yaşı küçük mağdurenin kanuni temsilcisinin davaya katılmak istememesi halinde mağdureye CMK'nun 234/2. maddesinde atanan vekilin kurulan hükmü temyiz etme hakkının olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

11 yaşı içerisinde bulunan mağdure Hasret Bozkurt'un, ve Mehmet Bozkurt'un evlilik dışı çocuğu olup babası ile soybağının tanıma yoluyla kurulduğu,

Sanık hakkında, mağdureye yönelik eylemi nedeniyle çocuğun cinsel istismarı suçundan kamu davası açıldığı,

Mahkemece yaşı küçük mağdureye CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca vekil görevlendirildiği,

Mağdurenin sanıktan şikâyetçi olduğunu ve davaya katılmak istediğini ifade ettiği, mağdure vekilinin de 12.06.2009 tarihli oturumda "Mağdurenin beyanlarına aynen katılıyoruz"; 23.03.2010 tarihli oturumda "Müdafiisi olduğumuz mağdurenin beyanları kapsamında karar verilsin" şeklinde beyanlarda bulunduğu,

Mağdurenin annesi'in ise 12.06.2009 tarihli oturumda sanıktan şikâyetçi olmadığını dile getirdiği,

Sanık hakkında kurulan beraat hükmünün mağdure vekili tarafından temyiz edildiği,

Anlaşılmaktadır.

Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına müracaat hakkı bulunanlar 5271 sayılı CMK'nun 260. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre; Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır.

Suçtan zarar görenlerin kanun yoluna müracaat yetkisi davaya katılma şartına bağlıdır. Nitekim CMK'nun "Mağdur ve şikâyetçinin hakları" başlıklı 234. maddesinde, mağdur ve şikâyetçinin kovuşturma evresine ilişkin hakları sayılırken 6. bentte; "Davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma" hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Bu nedenle CMK'nun 260. maddesi uyarınca katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görenlerin salt bu sıfatla kanun yoluna müracaat haklarının bulunduğu kabul edilebilmesi için kamu davasından haberdar edilmemiş ya da haberdar edilmekle birlikte davaya katılma hakkının kendisine hatırlatılmamış ya da şikâyeti belirten ifadesi üzerine kendisine davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulmamış olması gerekir. Aksi takdirde, duruşmalardan haberdar edilmiş ve katılma hakkı hatırlatılmış olan suçtan zarar görenlerin katılma isteminde bulunmadıkça kanun yoluna müracaat hakları bulunmamaktadır.

Katılma, ceza muhakemesinde mağduru, suçtan zarar göreni ya da malen sorumlu olanları koruma araçlarından birisidir. Suçun işlenmesiyle mağdur olan ya da suçtan zarar görenlerin katılma hakkını kullanmaya veya kullanmaya devam etmeye zorlanamayacağı açıktır. Bu itibarla mağdur veya suçtan zarar gören kişi kamu davasına katılmak istemeyebileceği gibi, daha sonra bu hakkını kullanmaktan da vazgeçebilecektir. Nitekim CMK'nun 243. maddesinde katılanın vazgeçmesi halinde, katılmanın hükümsüz kalacağı hususu düzenleme altına alınmıştır.

Katılma hakkı niteliği itibarıyla şahsa sıkı surette bağlı haklardandır. Şahsa sıkı surette bağlı haklar kanunda tek tek sayılmamakla birlikte genel olarak öğretide, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır. Bu tür haklar insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır. Örneğin; evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi... Katılmanın şahsa sıkı surette bağlı bir hak olmasının bir sonucu olarak katılanın ölümüyle katılma hükümsüz kalacaktır. Ancak mirasçılarının katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabilmeleri de mümkündür.

Diğer taraftan; 5271 sayılı CMK'nun getirdiği önemli yeniliklerden birisi de mağdur, şikâyetçiler ve katılanların tıpkı şüpheli ve sanıklar gibi belirli şartlarda baro tarafından görevlendirilen avukatın hukuki yardımından yararlanma haklarına kavuşturulmasıdır. CMK'nun 234. maddesine göre mağdur ve şikâyetçilerin, 239. maddesine göre de katılanın, vekili bulunmaması halinde cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. CMK'nun 234/2 ve 239/2. maddelerine göre de eğer mağdur veya katılan onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilecektir.

Anılan kanunun 239. maddesinin tasarı gerekçesinde bu haklarla ilgili şu açıklamalara yer verilmiştir; "Tasarının dayandığı temel ilkelerden birisinin de mağdurun korunması olduğuna ilgili madde gerekçelerinde değinilmiştir. Bu madde, söz konusu ilkenin hayata geçirilmesini ifade eden önemli bir hüküm getirmekte; mağdura tanınan haklar çerçevesinde, maddî ve hukukî durumu elverişli olmayan katılanlara, istemleri hâlinde baro tarafından avukat seçimini

öngörmektedir. Eğer katılan onsekiz yaşını henüz doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunmayacak derecede malûl ve avukatı da yoksa avukat atanması için istem aranmaz, bu husus re'sen yerine getirilir. Türk hukukunda insan hakları alanında önemli bir anlayış değişikliğini ortaya koyan bu modern hüküm, suç ile mağdur duruma düşürülen kimselerin bir de yargılamada mağdur olmalarının önüne geçecek bir tedbir oluşturması bakımından önem taşımaktadır.”

Görüldüğü üzere on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olanlara avukat görevlendirilebilmesinin ön şartı vekillerinin bulunmamasıdır. Reşit olup kısıtlanmayan sağır veya dilsizler dışında bu kişilerin bir avukatla vekâlet ilişkisi kuramayacakları açıktır. O halde kanunda kastedilen, kanuni temsilcilerinin bu kişileri temsilen bir avukat görevlendirmemiş olmasıdır. Bu itibarla mağdur küçük veya malul kişinin kanuni temsilcisinin mağdur adına avukat görevlendirmiş olması durumunda artık CMK'nun 234/2. ve 239/2. maddeleri uyarınca mahkemenin barodan avukat görevlendirilmesini istemesi mümkün değildir.

Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin “Müdafî veya vekillerin görevlendirilmesi” başlıklı 5. maddesinde; “Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince mağdur veya suçtan zarar gören için zorunlu olarak vekil görevlendirilmesi gereken hâllerde istemi aranmaksızın barodan bir vekil görevlendirmesi istenir. Ancak bunun için mağdur veya suçtan zarar görenin vekilinin olmaması şarttır” denilmektedir.

Katılma, mağdur ve şikâyetçilere avukat görevlendirilmesi ile ilgili bu açıklamalardan sonra; onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl kişilerin davaya katılma usulünün nasıl olması gerektiği ve bu konuda mağdur, mağdurun kanuni temsilcisi ve mağdur için görevlendirilen vekilin beyanları arasında çelişki olması durumunda hangisinin beyanına üstünlük tanınacağı hususları üzerinde durulmalıdır.

Katılma konusunda asıl hak sahibi olan kişi suçun mağduru veya suçtan zarar görenin bizzat kendisidir. Fakat bu halde suçun mağduru veya suçtan zarar görenin yaşının küçük ya da malul olması durumunda bu hakkını kullanmasında yani fiil ehliyetinde bir sorun bulunmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun fiil ehliyetine ilişkin hükümleri gözden geçirildiğinde, şu şekilde hükümler bulunduğu görülmektedir.

1- Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti bulunmamaktadır. (m.14)

2- Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmayacaktır. (m.15)

3- Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler, ancak karşılıksız kazanmada

ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Bunun yanında ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.(m.16)

Katılmanın niteliği itibariyle şahsa sıkı surette bağlı haklardan olması ve Türk Medeni Kanununun anılan hükümleri birlikte gözetildiğinde; suçun mağduru olan küçük veya kısıtlı, ayırt etme gücüne sahip ise davaya katılma veya katılmama noktasında iradesine bakılacak kişi mağdurun bizzat kendisi olup, gerek kanuni temsilcisinin gerek görevlendirilen vekilin bu konudaki beyanının bir önemi olmayacaktır. Ancak suçun mağduru olan küçük veya kısıtlı ayırt etme gücüne sahip değil ise, katılma ile ilgili kendisinin iradesinin önemi bulunmamaktadır. Böyle bir halde, katılma konusundaki haklarını onun yerine kanuni temsilcisi kullanabilecektir.

Nitekim 15.04.1942 gün ve 14-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve Ceza Genel Kurulunun 15.02.1972 gün ve 43-50 ile 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarında; "ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları" sonucuna ulaşılmıştır.

Yapılan bu açıklamalardan sonra ayırt etme gücünden ne anlaşılması gerektiği ve kimlerin ayırt etme gücünün bulunduğu belirlenmesi önem arz etmektedir.

Mülga 743 sayılı Medeni Kanundaki "temyiz kudreti" kelimesinin karşılığını oluşturan ayırt etme gücü, 4721 sayılı Medeni Kanunda; yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu şeklinde açıklanmıştır. Öğretide genel olarak ayırt etme gücü, "kişilerin makul surette hareket edebilme, fiillerinin sebep ve sonuçlarını idrak edebilme yeteneğine ayırt etme gücü denir" şeklinde tanımlanmaktadır. Medeni Kanun kişinin hangi yaştan itibaren temyiz kudretine sahip olduğuna ilişkin bir sınır getirmediğinden küçüğün yaşının temyiz kudretini etkileyip etkilemediğinin her olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin; 9 yaşındaki ilköğretim öğrencisi bir küçüğün kırtasiyeden ihtiyacı olan kalemi satın alırken ayırt etme gücüne sahip olduğu söylenebilecek ise de, bir ev veya araba satın almaya kalkması halinde aynı sonuca varılmayacaktır.

Ceza muhakemesinde davaya katılma bakımından ayırt etme gücü; kişinin kamu davasına katılma veya katılmamanın doğuracağı hukuki sonuçları algılayıp makul bir seçimde bulunabilmesidir. Davaya katılma bakımından ayırt etme gücü, mağdurun yaşı ve ayırt etme gücüne etki eden kişisel durumu kadar, mağdura karşı işlendiği iddia olunan suçun özellik ve niteliği ile de ilgilidir.

Medeni Kanunda ayırt etme gücü bakımından asgari bir yaş sınırı gösterilmediği gibi Ceza ve Ceza Usul Kanunlarımızda da gerek katılma, gerekse katılma ile bağlantılı kurumlar olan şikâyet ve rıza bakımından da asgari bir yaş sınırı kabul edilmemiştir.

5237 sayılı TCK'nun 6/1-b maddesinde, "henüz 18 yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanan çocuk kavramının, kanun koyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, "onbeş yaşını bitirmiş", "onbeş yaşını tamamlamamış" şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklar ile "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCK'nun 103/1-a maddesinde, "onbeş yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken, aynı maddenin (b) bendinde ise; diğer çocuklar ifadesiyle "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Böylece kanun koyucu bu maddede "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" olan çocuklara karşı rızalarıyla işlenen cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken, "onbeş yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranış rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. Aynı kanununun 104. maddesinde de; cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı ayrı bir suç olarak düzenlemiştir.

Yine Türk Ceza Kanununun yaş küçüklüğünün ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin 31. maddesinde; 12 yaşından küçüklerin hiçbir şekilde kusur yeteneğinin olmadığı, 15 yaşından büyüklerin ise kural olarak bu yeteneğe sahip oldukları, 12-15 yaş grubunda olanların ise kusur yeteneğinin olup olmadığına her somut olayın özelliğine göre mahkemece karar verileceği benimsenmiştir.

Bu düzenlemelerden de hareketle ve bu konuda uygulamada oluşan tereddütlerin giderilip yeknesak bir uygulamanın sağlanabilmesi için, herhangi bir malüllüğü bulunmayan çocukların mağdur oldukları suçlara ilişkin olarak beyanda buldukları tarihte 15 yaşından küçük olmaları halinde ceza muhakemesinde davaya katılma bakımından ayırt etme gücüne sahip olmadıkları, 15 yaşından büyük olmaları halinde ise bu yeteneğe sahip oldukları kabul edilmelidir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 03.06.2008 gün ve 56-156 sayılı kararında 14 yaşındaki, 27.01.2009 gün ve 145-8 sayılı kararında da 10 yaşını tamamlamayan küçüğün cinsel istismar suçunda katılma açısından ayırt etme gücünün bulunmadığına karar verilmiştir.

Katılma konusunda ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük veya kısıtlının kanuni temsilcisinin iradesi ile mağdura CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca görevlendirilen vekilinin iradesi çeliştiği takdirde hangisinin iradesine üstünlük tanınacağına belirlenmesine gelince;

Ceza Genel Kurulu'nun 03.06.2008 gün ve 56-156 sayılı kararında 14 yaşındaki, 27.01.2009 gün ve 145-8 sayılı kararında ise 10 yaşını tamamlamayan küçüğün cinsel istismar suçu bakımından davaya katılma noktasında ayırt etme gücünün bulunmadığı ve çocuk ile görevlendirilen vekilin iradesinin uyuşmaması halinde CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca kendisi için görevlendirilen vekilin iradesine üstünlük tanınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Ergin olmayan küçükler anne ve babasının velâyeti altında bulunmakta, hâkim tarafından vasi atanması gerekli görülmedikçe kısıtlanan ergin çocuklar da anne ve babasının velâyeti altında kalmaktadır. Anne ve baba, Medeni Kanun hükümlerine göre çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlamak ve korumakla yükümlü olup çocuğun aynı zamanda temsilcisidir. Üçüncü kişilere karşı çocuğu velâyet hakkı çerçevesinde anne baba temsil etmektedir. Ancak 4721 sayılı TMK'nun 337/1. maddesi uyarınca anne ve baba evli değilse velâyet kural olarak anneye ait olacaktır.

Anne-babanın kişilik haklarının bir parçası olan velâyet hakkı, başkasına devredilemediği gibi bu haktan feragat da edilememektedir. Kanuni bir neden olmadıkça kaldırılmayan ve kısıtlanamayan velâyet hakkı, sadece anne ve babaya, çocuk evlat edinilmiş ise evlat edinene tanınmıştır. Ancak bu hakta mutlak ve sınırsız olmayıp, sınırını "çocuğun yararı" ilkesi oluşturmaktadır.

Mağdura barodan görevlendirilen vekil, küçük ve malül ile onun kanuni temsilcisine ceza muhakemesinde yardımcı olacak kişidir. Başka bir anlatımla, bu hukuki yardım görevi, kanuni temsilcinin kanundan kaynaklanan yetkilerini bertaraf etmemektedir. Kanuni temsilcinin küçük veya malule kendi vekil görevlendirdiği takdirde CMK'nun 234/2 ve 239/2. maddelerine göre barodan avukat görevlendirilmesi söz konusu olmayacağı gibi, kanuni temsilcinin küçük veya malule sonradan vekil görevlendirmesi halinde mahkemenin talebi üzerine baro tarafından belirlenen vekilin görevi sona erecektir.

Şüpheli ve sanıklar bakımından müdafinin ayrıca bir karara ihtiyaç kalmaksızın kanun yoluna müracaat edilebilmesi mümkündür. Buna karşın mağdur vekilinin mağdur adına kanun yoluna müracaat edebilmesi ancak mağdurun katılan sıfatı almasına bağlıdır. Bunun yanında kanun, mağdur vekiline doğrudan küçük adına davaya katılma talep etme yetkisi vermemektedir. CMK'nun 261. maddesinde avukatın, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak şartıyla kanun yollarına başvurabileceği belirtilmektedir. Maddede belirtilen avukat tabirine baro tarafından mağdurlara görevlendirilen avukatlar da dahildir. Bu düzenlemede kanun yollarına başvurusu yetkisi açısından ele alındığı üzere, kanuni temsilci asil olup vekilin yetkileri asilden fazla olamayacaktır.

Bu nedenlerle, katılma konusunda ayırt etme gücü olmayan mağdur küçük veya malulün kanuni temsilcisi ile CMK'nun 234/2. madde ile görevlendirilen vekilin iradelerinin çelişmesi halinde kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınmalıdır.

Diğer taraftan, davaya katılma mağduru hukuken yükümlülük altına sokan bir işlem olmayıp mağdurun haklarının korunması açısından yararlıdır. Dolayısıyla çocuğun kanuni temsilcisinin açık biçimde temsil görevini kötüye kullanarak çocuğun mağdur olduğu bir suçtan açılan kamu davasına katılmaması halinde Çocuk Koruma Kanunu ve Medeni Kanun hükümleri uyarınca gerekli koruyucu tedbirlerin alınması mümkündür.

Mağdurun kanuni temsilcisinin, mağdura karşı işlenen suçun sanıklarından birisi olması veya sanıkla arasında akrabalık ilişkisi bulunması gibi kanuni temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaatinin çatışması durumunda ise Medenin Kanununun 426/2. maddesi uyarınca işlem yapılmalı ve kayyım atanması sağlanmak suretiyle, kayyımın iradesine üstünlük tanınarak mağdurun davaya katılıp katılmayacağı sorunu çözümlenmelidir.

Tüm bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Mağdurenin kanuni temsilcisi ile mağdureye CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca görevlendirilen vekilin iradelerinin çelişmesi halinde, kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınması gerektiğinden, somut olayda yaşı küçük mağdurenin kanuni temsilcisi olan annesinin sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan edip davaya katılmaması karşısında, mağdureye CMK'nun 234/2. maddesi uyarınca barodan görevlendirilen vekilin mağdure adına davaya katılmayı isteme hakkı bulunmamaktadır.

Ayrıca, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında, velâyet hakkını Medeni Kanun hükümlerine göre anne ile birlikte kullanması gereken mağdurenin babası Mehmet Bozkurt'un duruşmalara çağrılmadığını ve davaya katılma konusunda beyanının alınmadığını ileri sürmüş ise de; Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla alınan nüfus kayıt örneğine göre mağdurenin anne ve babasının evli olmadığı ve mağdure ile babası arasındaki soybağının tanıma yoluyla kurulduğu, bu nedenle mağdurenin kanuni temsilcisinin TMK'nun 337/1. maddesi uyarınca sadece annesi olduğu anlaşıldığından, itiraz bu yönden de yerinde bulunmamıştır.

Bu itibarla, Özel Dairenin temyiz talebinin reddine dair kararı isabetli olup haklı nedene dayanmayan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 24.10.2017 tarihinde yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.